



V&T LAW FIRM
万商天勤律师事务所

万商天勤工程法律通讯

诚信铸业 / 专业立身 / 精耕细作 / 工匠精神

2022 年第 1 期
张晓峰律师团队友情呈送

北京市朝阳区建国路 86 号佳兆业广场南塔 T1 座 12 层 100124
北京 深圳 上海 成都 武汉 西安 长沙 杭州 海口 南京 广州

三分钟速览 OVERVIEW

新法速递 What's New

- 《公司法（修订草案）》征求意见。草案共 15 章 260 条，实质新增和修改 70 条左右。
- 全国人大常委会作出修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定，涉及司法确认、小额诉讼、简易程序、独任审理和在线诉讼等方面调整。
- 《噪声污染防治法》公布施行，就建筑施工噪声专章做出具体规定。
- 住建部发布《建设工程企业资质统一延续的通知》，资质证书延至 2022 年 12 月 31 日。
- 湖南住建厅发布《深化施工许可改革的通知》，涉及简化程序、分阶段办理及全程网办。
- 住建部发布《危险性较大分部分项工程专项施工方案编制指南》，就 9 类工程做出规定。
- 住建部就《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》的修订征求意见。
- 四川省住建厅等部门发布《关于进一步加强全省房屋建筑和市政基础设施工程总承包监督管理的通知》、《关于加快推进全过程工程咨询服务发展的实施意见（征求意见稿）》。

案例聚焦 Case Study

- 实际施工人系实际完成工程建设的主体，包括组织人员、购买材料、支付工资等行为。
〔(2021) 最高法民申 4919 号〕
- 承包人拒不缴纳鉴定费，发包人单方做出的结算审查报告书可作为结算依据。
〔(2021) 新民申 2478 号〕
- 未经各方确认的结算报告不能作为认定工程价款的依据。
〔(2021) 鲁民申 11023 号〕
- 发包人借用资质办理开工报告，出借资质企业无需承担连带责任。
〔(2021) 鲁民申 10431 号〕

实务课堂 Q&A

- 工程勘察合同是否适用《施工合同解释（一）》？答复：司法实践中，因勘察合同并没有司法解释适用，存在大量勘察合同纠纷案例适用或参照适用施工合同解释情形。
- 施工单位延期递交索赔报告是常见现象，当发生迟延递交时是否必然会导致索赔无法获得支持及如何避免权利失效问题？答复：延期提出索赔并不必然导致索赔无法获得支持。

他山之石 Insights

- 《民法典》溯及适用的正当性检验进路--以《时间效力规定》第 2、3 条为中心
在《民法典》及相关司法解释的新旧衔接适用问题上，必须从严把握溯及适用《民法典》规定的情形，确保法律适用统一。
- 最高人民法院民一庭观点：建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭。
- 2021 年修正民事诉讼法评述：试点专项修正，而非全面修订；吸收试点成果，体现立法民主；司法资源有限，理应繁简分流；公正效率并重，尊重程序权益；顺应时代发展，体现中国特色。

关于本法律通讯

ABOUT THIS LEGAL NEWSLETTER

新法速递：精炼介绍当期最新发布的法规政策，并附原文链接。

案例聚焦：筛选当期最高院及各地高院代表性案例观点，聚焦司法裁判前沿问题。

实务课堂：针对工程实务中具有较大争议的前沿法律问题进行重点答疑。

他山之石：精选建设工程相关热点法律问题的典型案例、理论和实务研究成果。

本刊根据当期实际，选择刊载部分或全部栏目。

在这个信息错综交织、喷薄爆炸的时代，我们希望通过专业化整理为大家提供持续的知识服务，专注于建设工程领域，为大家提供有营养的内容。

如您对本法律通讯有任何需求或反馈，请联系：

zhangxiaofeng@vtlaw.cn

万商云集 天道酬勤



目 录

1. 新法速递 What's New	- 6 -
『法律修订』	- 6 -
《公司法（修订草案）》征求意见	- 6 -
全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定	- 7 -
《中华人民共和国噪声污染防治法》公布施行	- 8 -
『深化“放管服”改革』	- 8 -
住房和城乡建设部办公厅关于建设工程企业资质统一延续有关事项的通知	- 8 -
湖南省住房和城乡建设厅关于深化建筑工程施工许可管理改革工作的通知（尚未生效）	- 9 -
『安全管理』	- 9 -
住房和城乡建设部办公厅关于印发危险性较大的分部分项工程专项施工方案编制指南的通知	- 9 -
『工程计价』	- 10 -
住房和城乡建设部标准定额司关于征求《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（修订征求意见稿）意见的函	- 10 -
『工程总承包与全过程咨询』	- 10 -
四川省住房和城乡建设厅等部门关于进一步加强全省房屋建筑和市政基础设施工程总承包监督管理的通知	- 10 -
四川省住房和城乡建设厅关于公开征求《关于加快推进全过程工程咨询服务发展的实施意见（征求意见稿）》意见的通知	- 11 -
2. 案例聚焦 Case Study	- 13 -
『实际施工人』	- 13 -
裁判观点：实际施工人系实际完成工程建设的主体，包括在建设过程中组织人员、购买材料、支付工资等行为。	- 13 -

『工程价款结算』 _____ - 13 -

承包人拒不缴纳鉴定费用，应承担无法确定造价的不利后果，发包人单方做出的结算审查报告书可作为结算依据。 _____ - 13 -

未经各方确认的结算报告不能作为认定工程价款的依据。 _____ - 14 -

发包人借用资质办理开工报告，出借资质企业无需承担连带责任。 _____ - 14 -

3.实务课堂 Q&A _____ - 15 -

工程勘察合同是否适用《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》？ _____ - 15 -

作为施工单位，延期递交索赔报告是常见现象，当发生迟延递交时是否必然会导致索赔无法获得支持及如何避免权利失效问题？ _____ - 15 -

4.他山之石 Insights _____ - 17 -

《民法典》溯及适用的正当性检验进路--以《时间效力规定》第2、3条为中心 - 17 -

建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭 _____ - 17 -

2021年修正民事诉讼法评述 _____ - 18 -

5.团队介绍 About Us _____ - 20 -

1. 新法速递 What's New

『法律修订』

《公司法（修订草案）》征求意见

修订草案共 15 章 260 条，在现行公司法 13 章 218 条的基础上，实质新增和修改 70 条左右。包括以下方面：

（一）坚持党对国有企业的领导¹，国家出资公司中中国共产党的组织要发挥领导作用。

（二）完善国家出资公司特别规定²。在现行公司法关于国有独资公司专节的基础上，设“国家出资公司的特别规定”专章，适用范围纳入国有资本控股公司，并就重大事项决定、内部监督管理和风险控制制度、董事会建设等做出具体规定。

（三）完善公司设立、退出制度³。明确公司设立登记、变更登记、注销登记的事项和程序。

（四）优化公司组织机构设置⁴。允许公司选择单层制治理模式，并突出董事会在公

¹ 国家出资公司中中国共产党的组织要发挥领导作用（修订草案第一百四十五条）。

² 在现行公司法关于国有独资公司专节的基础上，设“国家出资公司的特别规定”专章：将适用范围由国有独资有限责任公司，扩大到国有独资、国有资本控股公司（修订草案第一百四十三条）。

明确国家出资公司由国有资产监督管理机构等根据授权代表本级政府履行出资人职责（修订草案第一百四十四条）。

履行出资人职责的机构就重要的国家出资公司的重大事项作出有关决定前，应当报本级政府批准（修订草案第一百五十二条）。

国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度（修订草案第一百五十四条）。

加强国有独资公司董事会建设，国有独资公司董事会成员中外部董事应当超过半数（修订草案第一百四十九条）。

董事会中设置审计委员会等专门委员会，同时不再设监事会（修订草案第一百五十三条）。

³ 新设公司登记一章，明确公司设立登记、变更登记、注销登记的事项和程序；同时要求公司登记机关优化登记流程，提高登记效率和便利化水平（修订草案第二十二条至第三十六条）。

充分利用信息化建设成果，明确电子营业执照、通过统一的企业信息公示系统发布公告、采用电子通讯方式作出决议的法律效力（修订草案第二十六条、第三十四条、第七十六条等）。

扩大可用作出资的财产范围，明确股权、债权可以作价出资（修订草案第四十三条、第一百条）。

允许设立一人股份有限公司（修订草案第九十三条）。

完善公司清算制度，强化清算义务人和清算组成员的义务和责任（修订草案第二百二十八条、第二百二十九条、第二百三十四条）。

经全体股东对债务履行作出承诺，可以通过简易程序注销登记（修订草案第二百三十五条）。

⁴ 突出董事会在公司治理中的地位，明确董事会是公司的执行机构（修订草案第六十二条、第一百二十四条）。

允许公司选择单层制治理模式（即只设董事会、不设监事会），应当在董事会中设置由董事组成的审计委员会负责监督（修订草案第六十四条）。

司治理中的地位。

(五) 完善公司资本制度⁵。包括引入授权资本制、允许采用无面额股、取消无记名股、增加简易减资制度、增加股东欠缴出资的失权制度等。

(六) 关于强化控股股东和经营管理人员的责任⁶。加强对关联交易的规范，强化董监高维护公司资本充实的责任和连带责任的承担等。

(七) 关于加强公司社会责任⁷。

《中华人民共和国公司法（修订草案）》全文及新旧对比链接：

<http://www.npc.gov.cn/flcaw/userIndex.html?lid=ff8081817ddb1774017dead7a14c228d>

全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定

发文字号：中华人民共和国主席令第一〇六号

主要修改如下：

股份有限公司审计委员会的成员应过半数为非执行董事（修订草案第一百二十五条）。

对于规模较小的公司，可以不设董事会，股份有限公司设一至二名董事，有限责任公司设一名董事或者经理（修订草案第七十条、第一百三十条）。

规模较小的公司可以不设监事会，设一至二名监事（修订草案第八十四条、第一百三十七条）。

职工人数三百人以上的公司，董事会成员中应当有职工代表；其他公司董事会成员中可以有职工代表。（修订草案第六十三条、第一百二十四条）

⁵ 在股份有限公司中引入授权资本制，股份有限公司设立时只需发行部分股份，公司章程或者股东会可以作出授权，由董事会根据公司运营的实际需要决定发行剩余股份（修订草案第九十七条、第一百六十四条）。

对已有较多实践的类别股作出规定，包括优先股和劣后股、特殊表决权股、转让受限股等（修订草案第一百五十七条、第一百五十八条）。

允许公司根据章程择一采用面额股或者无面额股（修订草案第一百五十五条）。

按照反洗钱有关要求，取消无记名股（修订草案第一百五十九条）。

增加简易减资制度，公司按照规定弥补亏损后仍有亏损的，可以进行简易减资，但不得向股东进行分配（修订草案第二百二十一条）。

增加股东欠缴出资的失权制度，股东未按期足额缴纳出资，经公司催缴后在规定期限内仍未缴纳出资的，该股东丧失其未缴纳出资的股权（修订草案第四十六条、第一百零九条）。

增加有限责任公司股东认缴出资的加速到期制度，公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力的，公司或者债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资（修订草案第四十八条）。

明确瑕疵股权转让时转让方、受让方的出资责任（修订草案第八十九条）。

⁶ 完善董监高忠实义务和勤勉义务的具体内容（修订草案第一百八十条）。

加强对关联交易的规范，扩大关联人的范围，增加关联交易报告义务和回避表决规则（修订草案第一百八十三条）。

强化董监高维护公司资本充实的责任，包括：股东欠缴出资和抽逃出资，违反本法规定分配利润和减少注册资本，以及违反本法规定为他人取得本公司股份提供财务资助时，上述人员的赔偿责任（修订草案第四十七条、第五十二条、第一百零九条、第一百七十四条、第二百零七条、第二百二十二条）。

董事、高级管理人员执行职务，因故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当与公司承担连带责任（修订草案第一百九十条）。

公司的控股股东、实际控制人利用其对公司的影响，指使董事、高级管理人员从事损害公司利益或者股东利益的行为，给公司或者股东造成损失的，与该董事、高级管理人员承担连带责任（修订草案第一百九十一条）。

⁷ 公司从事经营活动，应当充分考虑职工、消费者等利益相关者的利益以及社会公共利益，承担社会责任；国家鼓励公司参与社会公益活动，公布社会责任报告（修订草案第十九条）。

1.明确实行在线诉讼应当经当事人同意，充分尊重当事人审理方式选择权，确保案件审理的质量效率。

2.明确经双方当事人同意，一审适用简易程序或不服裁定提起上诉的二审案件可以由审判员一人独任审理。

3.明确了不得由审判员一人独任审理的民事案件类型。

4.基层法院事实清楚、争议不大的案件，标的额为地区平均工资百分之五十以上二倍以下的，可以约定适用小额诉讼程序。

5.完善经调解组织调解达成调解协议，申请司法确认的管辖法院。

全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》的决定：

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202112/3c3f10d770db4b9ea6bb70edb5634e35.shtml>

《中华人民共和国噪声污染防治法》公布施行

发文字号：中华人民共和国主席令第一〇四号

《中华人民共和国噪声污染防治法》第五章【建筑施工噪声污染防治】就建筑施工噪声做出具体规定，包括以下方面：

- 1.应当按照规定将噪声污染防治费用列入工程造价。
- 2.低噪声施工设备指导名录的公布与更新。
- 3.噪声自动监测系统的设置与监测。
- 4.禁止夜间进行产生噪声的建筑施工作业。

《中华人民共和国噪声污染防治法》全文链接：

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202112/528c29567316465894e6bf6040c33a8c.shtml>

『深化“放管服”改革』

住房和城乡建设部办公厅关于建设工程企业资质统一延续有关事项的通知

发文字号：建办市函〔2021〕510号

施行日期：2021年12月13日

我部核发的工程勘察、工程设计、建筑业企业、工程监理企业资质，资质证书有效期于2021年12月31日至2022年12月30日届满的，统一延期至2022年12月31日。

《关于建设工程企业资质统一延续有关事项的通知》全文链接：

http://www.mohurd.gov.cn/gongkai/fdzdgnr/zfhxjsbwj/202112/20211217_763491.html

湖南省住房和城乡建设厅关于深化建筑工程施工许可管理改革工作的通知(尚未生效)

发文字号：湘建建〔2021〕189号

施行日期：2022年03月01日

【主要内容】

第一部分:简化部分项目施工许可的申请材料及办理程序。主要明确简化既有建筑装饰装修工程施工许可的申请材料,简化简易低风险工业厂房项目施工许可办理流程。

第二部分:实行分阶段办理施工许可。主要明确分三个阶段、分两阶段或者整体办理施工许可的具体规定。

第三部分:强化监督管理。主要明确分阶段办理施工许可后建设单位及有关部门的监督管理责任。

第四部分:全程网办。重申“工程审批系统”一站式申报,全程网上办理的有关要求。

《关于深化建筑工程施工许可管理改革工作的通知》全文链接：

https://zjt.hunan.gov.cn/zjt/c101183/c101185/202111/t20211128_21179528.html

『安全管理』

住房和城乡建设部办公厅关于印发危险性较大的分部分项工程专项施工方案编制指南的通知

发文字号：建办质〔2021〕48号

施行日期：2021年12月08日

《指南》包括基坑工程、模板支撑体系工程、起重吊装及安装拆卸工程、脚手架工程、拆除工程、暗挖工程、建筑幕墙安装工程、人工挖孔桩工程和钢结构安装工程共9类危险性较大的分部分项工程。具体如下：

- 1.明确细化危大工程专项施工方案的主要内容。
- 2.专项施工方案中可采取风险辨识与分级。

3.明确危大工程的验收内容。

4.细化应急处置措施。

《关于印发危险性较大的分部分项工程专项施工方案编制指南的通知》全文链接：

http://www.mohurd.gov.cn/gongkai/fdzdgknr/zfhcxjsbwj/202112/20211221_763509.html

『工程计价』

住房和城乡建设部标准定额司关于征求《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》 (修订征求意见稿)意见的函

发文字号：建司局函标（2021）153号

施行日期：2021年12月02日

主要内容如下：

（一）推动工程造价改革工作。进一步明确建筑工程发承包计价依据的组成内容；明确各级住房和城乡建设主管部门在建筑工程发承包计价活动中的职责；明确最高投标限价按市场价格编制，鼓励建筑市场各方主体加强工程造价数据积累，积极运用信息化技术为概预算编制提供依据。

（二）落实国务院“放管服”决策部署。取消工程造价咨询企业资质要求，取消最高投标限价及其成果文件备案的相关规定，减轻企业负担。

（三）推行建筑工程施工过程结算。明确过程结算的内容，规定过程结算开展的基本流程和时限要求，提出不得以未完成政府审计作为延期结算理由。

（四）其他调整内容。一是增加关于工期的条款。二是删除原办法中有关工程造价鉴定内容。三是规范文字表述。

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（修订征求意见稿）全文链接：

http://www.mohurd.gov.cn/gongkai/fdzdgknr/tzgg/202112/20211203_763269.html

『工程总承包与全过程咨询』

四川省住房和城乡建设厅等部门关于进一步加强全省房屋建筑和市政基础设施

工程总承包监督管理的通知

发文文号：川建行规〔2021〕19号

发布时间：2021年12月16日

【主要内容】

《通知》共四部分。在执行《省管理办法》基础上，新要求、新内容主要体现在：
一是进一步规范项目决策审批程序，强化政府投资项目监管和基本建设程序监管；
二是规范工程总承包监管，要求严格把控工程总承包单位资质条件；三是规范招标投标行为，细化招标阶段、招标条件、招标文件编制，明确招标控制价编制和暂估价项目分包招标主体；四是指导合同及计量计价，规范项目结算；五是加强转包和违法分包监管；六是明晰了部门工作职责，提出了五项工作保障措施。

《通知》丰富完善了《省管理办法》，在部门分工、规范要求、监管措施等方面有一定突破和创新，具有较强针对性和可操作性。

《关于进一步加强全省房屋建筑和市政基础设施工程总承包监督管理的通知》全文链接：

<http://jst.sc.gov.cn/scjst/c101428/2021/12/16/192d88752f124de0b218484ae2dfaf60.shtml>

四川省住房和城乡建设厅关于公开征求《关于加快推进全过程工程咨询服务发展的实施意见（征求意见稿）》意见的通知

发布时间：2021年12月10日

【主要内容】

一、鼓励将投资咨询、水保、环评、交评、能评、安评等决策阶段咨询与项目管理、招标代理、勘察、设计、工程监理、造价咨询等建设阶段咨询进行整合集约，以综合型咨询服务取代碎片化咨询服务，提高全过程工程咨询供给质量和能力。

二、我省全过程工程咨询服务可以从项目投资决策阶段或工程建设阶段开始实施，鼓励从项目投资决策阶段开始将两个阶段贯通实施。全过程工程咨询原则上以“基于技术服务能力的全过程项目管理+专业咨询”的方式开展，专业咨询至少应含投资决策综合性咨询、勘察、设计、工程监理、造价咨询等咨询服务中两项及以上工作内容。



《关于加快推进全过程工程咨询服务发展的实施意见（征求意见稿）》全文链接：

<http://jst.sc.gov.cn/scjst/c101428/2021/12/10/9d85a81cde0b4954b4b1e1954af688ac.shtm>

1

2.案例聚焦 Case Study

『实际施工人』

实际施工人系实际完成工程建设的主体,包括在建设过程中组织人员、购买材料、支付工资等行为。

发包人润景公司、唐某等建设工程合同纠纷再审案〔(2021)最高法民申4919号〕

本案中,发包人润景公司经招投标,由鄂州二建于2013年11月19日中标某住宅小区项目。同年,润景公司将本项目全部分包给唐某等自然人施工。鄂州二建中标后未实际参与工程施工和管理,工程施工由润景公司以鄂州二建的名义实施。

诉讼中争议焦点之一为唐某是否为案涉工程的实际施工人。

法院认为,唐某提交了案涉工程的施工合同、结算单、材料款项的票据以及案涉工程材料款的支付等相关证据,其中工人工资、部分材料款等均由其支付,能够证明唐某在案涉工程建设过程中实施了组织人员施工、购买材料、支付工人工资等行为。认定唐某系案涉工程实际施工人有证据支持。润景公司虽然主张唐某系润景公司的办公室主任,负责二标段的项目管理,该公司以唐某控制工程成本价低于目标管理价后给予提成的方式向其支付报酬,但未能提供相应证据予以证实,理由不能成立。

『工程价款结算』

承包人拒不缴纳鉴定费用,应承担无法确定造价的不利后果,发包人单方做出的结算审查报告书可作为结算依据。

承包人宝鹰公司、发包人鹏达公司装饰装修合同纠纷二审案〔(2021)新民申2478号〕

再审中争议焦点为原审法院以发包人作出的工程造价报告作为涉案工程价款依据是否有误。

法院认为,在一审时宝鹰公司申请对案涉装修工程进行造价鉴定,一审法院组织双方当事人按照相关规定选定了鉴定机构,但宝鹰公司未履行预交鉴定费用义务,经鉴定机构多次催促,拒不缴纳鉴定费用,应承担无法通过司法鉴定确定工程造价的不利后果。宝鹰公司亦未能举证鹏达公司委托造价公司出具的工程结算审查报告书对涉案工程造

价核减数额存在错误的证据。鹏达公司已举证证明案涉工程结算价款的证据，原审法院依据鹏达公司单方委托造价公司出具的工程结算审查报告书确定工程价款并无不当。

未经各方确认的结算报告不能作为认定工程价款的依据。

发包人万佳曲阜分公司、承包人海南山水公司建设工程施工合同纠纷再审案〔(2021)鲁民申11023号〕

再审法院认为，本案中，发包人委托咨询公司对涉案工程进行结算审核，并出具《工程结算初步审核报告》，审核意见中载明“上述初步审定工程造价待与施工单位核对三方确认后方可出具正式结算报告。”该报告未经各方确认，并非正式的结算报告，原审认为该报告不能作为认定工程价款的依据，万佳曲阜分公司主张向海南山水公司超额支付了工程款的证据不足，对该诉讼请求不予支持并无不当。万佳曲阜分公司作为一审原告，理应对其主张提供充分的证据，其申请再声称原审举证责任分配错误、应当由海南山水公司承担举证不能的法律后果没有法律依据，不予支持。

发包人借用资质办理开工报告，出借资质企业无需承担连带责任。

发包人宾硕公司、刘某等建设工程施工合同纠纷申请案〔(2021)鲁民申10431号〕

宾硕公司（甲方）与刘某（乙方）签订协议书，约定将某管道工程由刘某以包工包料的方式承包。之后，万山公司出借资质给宾硕公司用以办理工程开工报告。

审理中争议焦点为万山公司是否应当对宾硕公司的债务承担连带责任问题。

一审法院认为，《建筑法》规定，禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。万山公司出借资质办理涉案工程开工令，违反上述法律规定，过错责任明显，应对宾硕公司欠付工程款承担连带责任。

二审法院认为，连带责任系法定责任，连带责任的适用前提应有法律明文规定。万山公司作为资质出借方，其与刘某并无直接合同关系，其亦不是涉案工程的发包方，《建筑法》虽然规定禁止建筑施工企业出借资质，但对于出借资质企业应承担的责任方式并未进行明确规定，故一审法院判决万山公司承担连带责任，于法无据，应予以纠正。

3. 实务课堂 Q&A

工程勘察合同是否适用《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》？

按照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》条文，该司法解释适用审理建设工程施工合同纠纷案件，即司法解释仅调整建设工程施工合同纠纷，不包括建设工程勘察合同纠纷、设计合同纠纷等建设工程合同纠纷项下的其他纠纷。如安徽省合肥市中级人民法院（2014）合民一终字第 02512 号判决认为，该司法解释仅是就建设工程施工合同所作的特例性解释，不能当然扩张适用于建设工程勘察合同纠纷。

但在司法裁判实践中，因勘察合同并没有司法解释适用，在裁判中存在大量勘察合同纠纷案例适用或参照适用该解释情形，例如：

新疆维吾尔自治区高级人民法院（2015）新民一终字第 263 号、陕西省高级人民法院（2017）陕民终 903 号的勘察合同纠纷判决中，法院根据 2004 年《施工合同解释（一）》（已废止，下同）第 17 条、第 18 条规定，认定利息应从应付工程价款开始计付至工程款付清之日止；青海省高级人民法院（2008）青民一终字第 34 号判决中，法院根据《合同法》（已废止）第 52 条第 5 项、2004 年《施工合同解释（一）》第 1 条第 1 项的规定，认定建设工程勘察合同无效。

宁夏回族自治区高级人民法院（2019）宁民终 38 号判决则用了“参照”的说法，参照 2004 年《建设工程司法解释（一）》第 10 条、第 17 条、第 18 条对工程款利息的给付标准、给付日期，认定一方主张逾期付款利息依法有据。

—摘自书籍《建设工程争议解决 100 讲》第 2.4.3 节 作为施工单位，延期递交索赔报告是常见现象，当发生迟延递交时是否必然会导致索赔无法获得支持及如何避免权利失效问题？

延期提出索赔并不必然导致索赔无法获得支持。

如果没有约定或约定不明超期失效，超期提出索赔不会丧失索赔权利。

如果有索赔时效条款的明确约定，结合《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第 10 条第 2 款规定：“当事人约定承包人未在约

定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。”如果存在合理抗辩，也不会丧失索赔权利。

退一步讲，如果没有合理抗辩，此时如果变换请求路径，基于违约要求对方赔偿损失，也可能得到支持。

再退一步，司法实践中也存在诸多无视索赔时效条款的案例。

因此，对于承包人而言，一方面不要轻易放弃自己的索赔权利，及时亡羊补牢；另一方面，工作做在前面，避免处于被动状态：

首先，在合同签订前应详细审查权利失效条款，避免将对己方不利条款写入签署版协议中，同时也应关注发包人失权的条款和文件送达规则，对己方权利的保护要全面；其次，合同签订后做好合同交底，合同履行中严格执行索赔程序，及时提出索赔，并获得监理人和发包人的签收；最后，即使及时已超过约定时间也应及时递交索赔文件，同时在往来函件、会议纪要等双方签署的文件中将该等事件进行确认，以作为后期补强证据使用。

—摘自书籍《建设工程争议解决 100 讲》第 5.4.1 节

4.他山之石 Insights

《民法典》溯及适用的正当性检验进路--以《时间效力规定》第2、3条为中心

内容概要:《民法典》颁布后一个无法回避的问题是:《民法典》能否溯及适用于其施行前的法律事实。在《民法典》及相关司法解释的新旧衔接适用问题上,必须从严把握溯及适用《民法典》规定的情形,确保法律适用统一。《时间效力规定》第二部分仅就《民法典》中少量条文的溯及适用作出具体规定,至于其余大量条文得否溯及适用,仍须以《时间效力规定》第一部分(一般规定)为据加以判断。

在溯及既往的正当性检验层面,《民法典》溯及适用包括“改变溯及”与“空白溯及”两个类型。就“改变溯及”而言,其正当性检验标准是有利溯及标准,在不损害一方利益的前提下增进他方利益、更有利于维护公序良俗、更有利于实现与社会主义核心价值观相契合的规范目的。就“空白溯及”而言,其正当性检验可直接适用有利溯及检验体系,只是当出现“私益与公益发生冲突”之情形,需借助比例原则进行权衡时,应倾向于选择较为宽松的审查基准。

全文详见:《财经法学》2021年第6期 作者:李鸣捷

建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭

对于建设工程施工合同纠纷案件中,建成的房屋已办理网签,承包人是否仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的问题,是目前审判实践中存在争议的问题。

有观点认为,在建成的房屋已办理预售合同网签的情况下,当事人再行主张建设工程价款优先受偿权,已不符合《民法典》第八百零七条规定的适用条件,此种情况下应视为该优先受偿权已消灭。也有观点认为此种情况下,建设工程价款优先受偿权并未消灭。

最高法院民一庭倾向认为:建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭,如符合建设工程价款优先受偿权的成立要件,承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

主要理由:《民法典》第八百零七条规定:“发包人未按照约定支付价款的,承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的,除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”《最高人民法

院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十五条至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件。

由此可见，建设工程价款优先权是承包人的法定权利，在符合法律及司法解释规定的条件时，建设工程价款优先受偿权就已经成立。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段，并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和消灭的公示方式，不能产生物权变动的效力，亦不导致承包人原本享有的建设工程价款优先受偿权因此不成立或者消灭。

如承包人行使建设工程价款优先受偿权时与房屋买受人之间发生权利冲突的，属于权利顺位问题，可另行解决。

来源：最高人民法院民一庭

2021 年修正民事诉讼法评述

I. 试点专项修正，而非全面修订

此次修法，新增 7 个条文，修改调整 26 个条文，其中 13 处修改是为与民法典相关规定表述衔接一致，另外 20 处均与即将结束的民事诉讼程序繁简分流改革试点相关，属于针对试点工作所作的专项修改。

II. 吸收试点成果，体现立法民主

这次《民事诉讼法》修改的条文，涉及司法确认、小额诉讼、简易程序、独任审理和在线诉讼，都属试点工作内容。但是，最终纳入修改后法律的成果，既有试点行之有效的好经验，也有试后优化完善的新考量。

III. 司法资源有限，理应繁简分流

此次试点和修改《民事诉讼法》的一个重要理论基础，就是“司法公共资源论”和“诉讼资源有限论”。面对海量案件，只能区分轻重，按照所涉利益、繁简程度，统筹调配人力、设置程序、分配法庭、安排审限，不可能对所有案件和当事人平均摊派资源。

其实，只要充分保障当事人的程序知情权、选择权、异议权，一审终审、独任制、在线诉讼未见得就“减损”了诉讼权益，多数情况下还有提速增效之功。

IV. 公正效率并重，尊重程序权益

2021 年《民事诉讼法》的一个重要特点，在于将尊重当事人诉讼权利的精神贯彻到

每一个新增或修改条文中，不允许“能简则简，强制适用”，也未给“程序滥用，删繁就简”留下空间，辅之以最高人民法院今年出台的一系列加强制约监督、确保类案同判的配套措施，能够有效保障审判质效和当事人利益。

V. 顺应时代发展，体现中国特色

制度竞争是综合国力竞争的重要方面，制度优势是一个国家赢得战略主动的重要优势。2021年《民事诉讼法》在程序设置上，更加立足中国国情，顺应时代发展，体现了鲜明的中国特色和制度优势。

全文详见：最高人民法院司法案例研究院 作者：何帆

5. 团队介绍 About Us



张晓峰 合伙人

万商天勤律师事务所管委会成员、北京办公室执委会主任

国家发改委、财政部 PPP 专家库双库专家

中国国际经济贸易仲裁委员会以及天津、青岛等地仲裁机构仲裁员

北京律协业拓委副主任、建设工程法律专业委员会副主任

上市公司独立董事

著有《建设工程争议解决 100 讲》北京: 中国法律出版社, 2021.

连获多年获评 LEGALBAND 房地产与建设工程领域“中国顶级律师”/《商法》杂志 (China Business Law Journal) 中国市场“A-List 法律精英”



段素兰·律师

具备丰富的诉讼与仲裁经验, 执业近二十年, 主办案件三百余件, 同时为多家大中型企业提供法律顾问服务。



田庭港·律师

拥有大型施工企业背景, 熟悉法律财务金融, 能够为建设工程进行全方位法律风险控制。



魏洁·律师

曾在某检察院直属事业单位任职, 具备丰富实务经验和深厚法律功底。专注于建设工程的非诉业务以及民商事诉讼。



张少波·律师

咨询工程师(投资), 具有工程和法律专业背景, 擅长投融资及争议解决, 在核心期刊发表多篇论文, 并参与撰写多部专业书籍。



刘泽仁·实习律师

毕业于中国政法大学, 为多家大型央企、国企、政府部门、大型民营企业等提供建筑工程、公司并购、企业法律顾问、争议解决等方面法律服务。



焦力·实习律师

中国政法大学硕士, 清华-天普美国法律项目硕士(L.L.M), 专注于项目投融资法律服务, 参与多个 PPP 项目、房地产开发项目。

联系我们 Contact Us

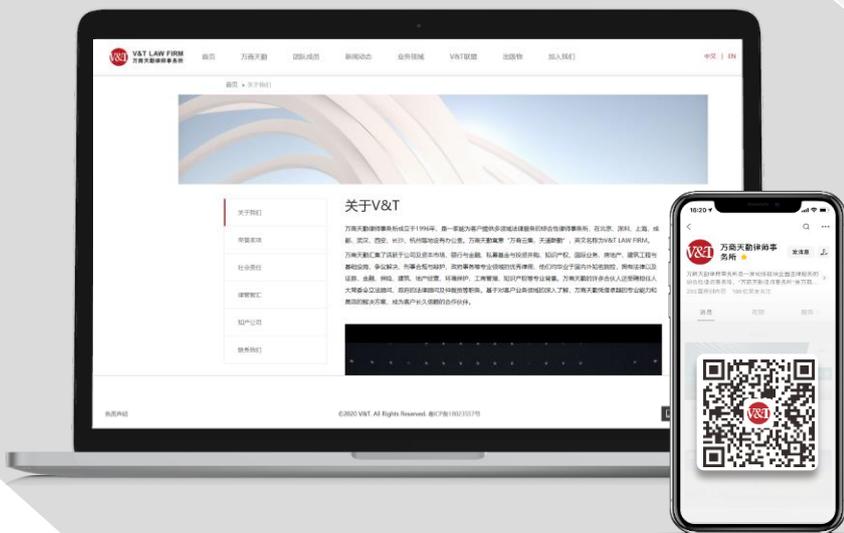


张晓峰 合伙人

T: +86 10 82255588

M: +86 13910934602

E: zhangxiaofeng@vtlaw.cn



官方网站

<http://www.vtlaw.cn>



微信公众号

万商天勤律师事务所

声明:

本刊转载内容均注明出处，转载是出于传递更多信息之目的，但本刊不对其全部或部分内容的原创性、真实性、准确性、完整性、及时性做任何保证或承诺。

本刊提供的所有信息仅供参考。所登载的观点并不代表本刊立场，不构成